

University of Groningen

Social impact assessment and stakeholder engagement in the Russian Federation

Gulakov, Ilya; Vanclay, Frank

Published in:
Environmental Impact Assessment Review

DOI:
[10.1016/j.eiar.2018.11.004](https://doi.org/10.1016/j.eiar.2018.11.004)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Gulakov, I., & Vanclay, F. (2019). Social impact assessment and stakeholder engagement in the Russian Federation: Representativeness, deliberativeness and influence. *Environmental Impact Assessment Review*, 75, 37-46. <https://doi.org/10.1016/j.eiar.2018.11.004>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Jurisprudentie

De strafrechtelijke waardering van het derivatendebacle Vestia

Noot bij ECLI:NL:RBROT:2018:5752 en ECLI:NL:RBROT:2018:5753

Mr. A. Verbruggen*

264

Inleiding

In 2011 wankelde Vestia, met ruim 82.000 woningen een van de grootste woningcorporaties van Nederland. Oorzaak: Vestia's derivatenportefeuille. Woningcorporaties financieren woningbouw met leningen. Het risico van rentestijging dient te worden 'gehedged'. Dat gebeurt bijvoorbeeld door rente-*swaps* met bijvoorbeeld pensioenfondsen die bij rentestijging juist een hoger rendement op hun kapitaal hebben.¹ Vestia bleek evenwel een derivatenportefeuille te hebben die zowel qua grootte als qua aard en samenstelling van producten volstrekt ongepast was voor een woningcorporatie. De *treasurer*, Marcel de V., had deze zonder noemenswaardige inmenging of toezicht van anderen opgebouwd. Hierbij werd gebruikgemaakt van een tussenpersoon, Arjan G., verbonden aan FIFA Finance (FIFA). De functionaliteit van deze tussenpersoon in de relatie tussen banken en Vestia is minst genomen kwetsbaar. Uit het vonnis blijkt dat FIFA regelmatig alsnog in een transactie werd betrokken, terwijl deze al volledig overeengekomen was tussen de bank en Vestia's *treasurer*. Ook in zo'n geval declareerde FIFA zijn courtage; Marcel de V. kreeg steeds de helft van de courtages die de bank betaalde aan FIFA/Arjan G. Over de jaren bedroeg de aldus in privé ontvangen provisie 10 miljoen euro.

Toen de rente (nog verder) daalde in plaats van, zoals verwacht, steeg, kreeg de derivatenportefeuille een dermate grote negatieve waarde, dat Vestia substantieel onderpand ('*collateral*') moest bijstorten (in het jargon: '*margin calls*'). Vestia kon aan die betalingsverplichting jegens de banken niet voldoen, waardoor faillissement dreigde. Indien dit zou gebeuren, zou Vestia, doordat in de sociale woningbouw een omslagsysteem geldt, een reeks andere woningcorporaties in haar val hebben meegesleept. Een akkoord met de banken, waarbij Vestia's gehele derivatenportefeuille werd ontbonden tegen betaling van 2 miljard euro, redde Vestia. Ook deze schade werd collectief omgeslagen, zodat de hele sociale woningsector leed. Vestia zelf moest ingrijpend saneren en een groot deel van haar woningbezit afstoten, gepland en noodzakelijk onderhoud uitstellen, werknemers afvloeien en zo nog het een en ander. De maatschappelijke schade en verontwaardiging was dermate groot, dat het zelfs leidde tot een parlementaire enquête.²

Na een langdurig onderzoek staan *treasurer*, Marcel de V., en tussenpersoon, Arjan G., terecht voor niet-ambtelijke omkoping (actief en passief), oplichting (door misleiding Vestia bewegen derivaatcontracten aan te gaan), witwassen, valsheid in geschrift en nog enige andere annexe delicten. Daarbij werd Arjan G. vervolgd voor een component die niet Vestia-gerelateerd is: de niet-ambtelijke omkoping van een adviseur, verbonden aan een andere woningcorporatie, Portaal.

* Mr. A. Verbruggen is advocaat bij Jones Day te Amsterdam.

1. Een eenvoudige rente-swap wordt ook wel '*plain vanilla*' genoemd.

2. Parlementaire enquêtecommissie woningcorporaties, ingesteld op 16 april 2013.

Tegen de achtergrond van deze context een bespreking van de midden juli 2018 door de Rechtbank Rotterdam gewezen vonnissen. Op een aantal facetten zal worden ingegaan: de vraag of de rechtsgang in eerste aanleg de aard van de zaak recht heeft gedaan, de verhouding tussen ambtelijke en niet-ambtelijke omkoping, het begrip lasthebber en de reikwijdte van witwassen in het onderwerpelijke verband.

De zaak recht gedaan?

Het eerste dat in het oog springt, is dat de vonnissen de aard van de zaak en de omvang van de maatschappelijke impact geen recht doen. Het gaat om betrekkelijk klinische uitspraken, waarbij de rechter er nadrukkelijk van afziet te oordelen over de vraag of Vestia's *treasurer*, geïnspireerd door eigen gewin, onnodig veel en ongeschikte derivaten aanschafte en zo een enorme maatschappelijke schade veroorzaakte. De rechtbank overweegt:

‘Ten slotte hecht de rechtbank eraan te vermelden dat aan haar in deze strafzaak niet de vraag ter beoordeling is voorgelegd of en zo ja, in welke mate, Vestia (rechtstreeks) financieel nadeel heeft ondervonden als gevolg van de handelwijze van [naam verdachte 2].’

De tenlastelegging, geënt op artikel 328ter Sr (oud), dwingt hiertoe inderdaad niet, nu het Openbaar Ministerie (OM) ‘het doen of nalaten naar aanleiding van de gift’, de *quid* die in dit geval tegenover de *quo* stond, in het midden laat, maar verbiedt daarmee de rechter ook niet op deze vraag in te gaan. Begrijpelijk is wellicht dat de rechter³ buiten de lastige materie van de derivaten wilde blijven, maar daarmee wordt de kern van de zaak wel erg angstvallig gemedend. De rechtbank spitst het vonnis toe op het ongeoorloofde gebruik van een *introducing broker* (FIFA/Arjan G.) als hetgeen zou zijn verricht in ruil voor de steekpenningen. Uiteraard werkte het inschakelen van een *introducing broker* (mogelijk) kostenverhogend voor Vestia. Maar: als het daarbij was gebleven, was de Vestia-kwestie geen strafzaak geweest. Daarbij kan bezwaarlijk worden ingezien hoe het ongeoorloofde gebruik van een *introducing broker* een gevangenisstraf van drie jaar voor de *treasurer* en dertig maanden voor die *introducing broker* zelf zou kunnen rechtvaardigen. Het heeft er daarmee veel van weg dat de rechtbank wel degelijk heeft meegewogen dat Vestia's *treasurer* nodeloos derivaten aanschafte, om zelf door tussenkomst van een volstrekt disfunctionele tussenpersoon provisie te toucheren en daarmee in zucht naar eigen gewin de beschreven schade veroorzaakte, maar dat niet *expressis verbis* wenste te doen. Het is te hopen dat het hof en tweedelijns OM de zaak in hoger beroep kunnen benaderen op een wijze die meer recht doet,

zowel aan het maatschappelijk belang als aan de positie van de verdachte.

De treasurer: ambtenaar of niet?

Zoals tal van begrippen in het strafrecht die hun pendant in andere rechtsgebieden hebben, dient ook het begrip ‘ambtenaar’ in de omkopingsbepalingen auto-noom en tegen de functie en achtergrond van het strafrecht en de desbetreffende strafbepalingen te worden beschouwd. Het begrip ‘ambtenaar’ bestrijkt een grotere groep personen dan diegenen die daadwerkelijk een aanstelling als ambtenaar hebben. De Hoge Raad bevestigde de heersende leer in zijn ‘aspirant-hoofdconducteur-arrest’⁴ door te overwegen dat:

‘(...) De term “ambtenaar” in deze bepalingen moet aldus worden uitgelegd dat daaronder tevens is begrepen degene die onder toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden onzegd.’

Deze materiële benadering doet uiteraard recht aan de functie van strafrecht en strafbepaling en sluit ook aan bij de benadering in andere toonaangevende jurisdicties.⁵

In het onderwerpelijke geval heeft het OM ervoor gekozen het omkopingsgedeelte van de zaak aan de rechter voor te leggen, enkel gebaseerd op overtreding van artikel 328ter Sr (oud). Dat ligt niet direct in de rede. Woningcorporaties als Vestia hebben immers een goeddeels publieke taak (voorzien in huisvesting voor diegenen met een ‘smalle beurs’), gebaseerd op de Woningwet, die dit met zoveel woorden uitdrukt.⁶ De woningcorporaties zijn voorts in hoge mate gereguleerd en staan onder toezicht van het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting. Woningcorporaties ontvangen staatssteun, in het bijzonder doordat het WSW,⁷ op zich weer geborgd door de overheid, garanties geeft voor kredietfaciliteiten voor corporaties. Aan de andere kant onttrekt de overheid middelen aan de sector door de zogeheten verhuurderheffing. Tot besluit: een schade, zoals Vestia leed, wordt omgeslagen over de gehele sector en komt

265

3. En wellicht ook het OM bij de samenstelling van het procesdossier.

4. Hoge Raad 7 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7743.

5. Zie in dit verband bijvoorbeeld de FCPA 1977 dat *foreign official* definieert als ‘any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof’. Voor een uitgebreider exposé: de reikwijdte van government instrumentality onder de FCPA door mr. A. Verbruggen en mr. T. van Roomen in *TBS&H* 1 (4), p. 163 e.v. Zie in dit verband ook T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptielisten*, Studiepockets strafrecht 46, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 46 e.v.

6. Woningcorporaties dienen zich voor het overgrote gedeelte te richten op diensten van algemeen economisch belang. Aldus vervullen zij een belangrijke rol op een gebied waar de overheid zich een rol aanmeet: volkshuisvesting.

7. Het Waarborgfonds Sociale Woningbouw.

daarmee uiteindelijk ten laste van collectieve publieke middelen.

Onder deze omstandigheden valt er dan ook veel voor te zeggen dat Vestia de Nederlandse pendant is van een *instrumentality*, en haar werknemers kwalificeren als ambtenaar in de zin van de omkopingsbepalingen.

Opmerkelijk is dat het OM hierover genuanceerder dacht in een eerdere zaak, de vervolging van de leiding van een andere woningcorporatie, Rochdale. Hier werd de rechter de keuze voorgelegd tussen ambtelijke en niet-ambtelijke omkoping. Met een wel erg eenvoudige redenering koos Gerechtshof Amsterdam voor de niet-ambtelijke variant:⁸

‘Hoewel uit wet- en regelgeving volgt dat corporaties invulling geven aan een overheidstaak, namelijk de volkshuisvesting, kan niet worden gezegd dat verdachte daarom destijds onder (direct) toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd om een deel van de taak van de Staat of zijn organen te verrichten, waardoor hij als ambtenaar zou kunnen worden gekwalificeerd (Vgl. Hoge Raad 7 april 2009, *Nf* 2009, 187). De overheid had (ten tijde van de verweten gedraging) geen inspraak in de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen van woningcorporaties. De corporaties zijn met de verzelfstandigingsoperatie midden jaren negentig financieel zelfstandig en verantwoordelijk geworden. Hierdoor kwam de overheid op grotere afstand te staan en is het toezicht verschoven van de Rijksoverheid naar de interne toezichthouder.’

Dat is derhalve wat kort door de bocht en er valt het een en ander op af te dingen en aan toe te voegen. Maar mogelijk inspireerde dit arrest het OM tot deze tenlastelegging. Anders oordeelden Rechtbank Rotterdam en Gerechtshof Den Haag in hun uitspraken die zien op het Rotterdamse havenschandaal en waar de directeur van het verzelfstandigde Havenbedrijf N.V. (klaarblijkelijk) nog steeds werd gezien als ambtenaar.⁹ Recentelijk nog oordeelde de Noordelijke Fraudekamer anders over een directeur van het Drentse energiebedrijf Rendo. Gelet op de taakstelling (publieke taak beheer van het netwerk voor distributie voor gas en elektriciteit), de statuten en de *governance*-structuur, oordeelde de Rechtbank Noord-Nederland dat de directeur diende te worden gezien als ambtenaar in de zin van de omkopingsbepalingen.¹⁰

Hoewel artikel 328ter Sr sinds de wetwijziging dichterbij staat bij de ambtelijke variant van omkoping, zijn er nog steeds wezenlijke verschillen in delictsbestanddelen en rationale. In dit geval lijkt ambtelijke omkoping de feiten en de positie van Vestia meer recht te doen en had

dit de nodige voordelen gehad bij de vervolging. De gedeeltelijke niet-ontvankelijkheidsverklaring vanwege verjaring was er in ieder geval mee voorkomen. Wellicht voer voor hoger beroep.

De ‘lasthebber’ – van twee walletjes eten

Hoewel geen onderdeel van de Vestia-zaak, is het vonnis tegen Arjan G. gewezen, van betekenis voor de interpretatie van artikel 328ter Sr. Bij een tweetal andere woningcorporaties, Portaal en De Woonplaats, was een adviseur verbonden die met name op het terrein van derivaten adviseren zou. Voor deze advieswerkzaamheden had hij een civielrechtelijke overeenkomst. De adviseur in kwestie bracht evenwel, in contact met de *introducing broker* (FIFA, Arjan G.) ook derivaattransacties tot stand met beide woningcorporaties. Het zal niet meer verrassen: hiervoor toucheerde de adviseur de helft van de courtage die de *introducing broker* ontving van de bank. De *introducing broker* wordt als een van de feiten verweten dat hij, door betaling van de helft van zijn courtage, de financieel adviseur heeft omgekocht. Een van de verweren richt zich tegen kwalificatie van de adviseur als lasthebber en haakt aan bij het civielrechtelijk begrip. Ook deze kwestie wordt, conform de in de literatuur voorgestane uitleg, door de rechtbank materieel benaderd en het begrip lasthebber krijgt derhalve een strafrechtelijk autonome invulling. De adviseur met een opdracht krachtens overeenkomst heeft te gelden als lasthebber in de zin van artikel 328ter Sr. De zuiverheid van de betrekking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer behoort voorop te staan, zo stelt de rechtbank.

Deze interpretatie sluit eveneens aan bij betekenis die in de parlementaire geschiedenis rond het nieuwe artikel 328ter Sr, dat eveneens het begrip lasthebber bevat, wordt gegeven.¹¹

Witwassen pre-delict?

Beide verdachten wordt eveneens witwassen verweten. De *treasurer* wordt ter zake veroordeeld: de door hem geaccepteerde steekpenningen heeft hij immers gedeels geconverteerd in andere goederen, waaronder een indrukwekkende wijnkelder, door aldus te handelen, heeft hij zijn steekpenningen omgezet, overgedragen en gebruikt en zijn die deel uit gaan maken van het reguliere financiële en economische verkeer. Daardoor faalt het verweer dat het gaat om voortbrengselen van het eigen delict, waarvoor verhulling een vereiste is.

Anders loopt het af met de *introducing broker*. Hij wordt vrijgesproken van het tezamen met de *treasurer* oplich-

8. Gerechtshof Amsterdam 29 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1018.

9. Gerechtshof Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1751.

10. Rechtbank Noord-Nederland 10 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4959.

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 685, nr. 6, p. 11.

ten van Vestia, door deze door middel van oplichtingsmiddelen te bewegen derivatencontracten aan te gaan. Dat delict vervalt daarmee als basis voor een witwasverwijt. Anders dan de *treasurer*, kreeg de *introducing broker* zijn courtage van de banken, waarna hij de helft afdroeg aan de *treasurer*. De rechtbank volgt het OM niet en overweegt dat de provisie die de *introducing broker* ontving van de banken en waarvan hij de helft doorgeleidde naar de *treasurer*, niet kan worden gerubriceerd als ‘afkomstig van misdrijf – want uit omkoping’. Die omkoping vond immers door die doorbetaling van een gedeelte van de courtage plaats en daarmee is het gedeelte van de courtage dat de tussenpersoon behield, niet afkomstig van misdrijf, maar pre-delict.

Mogelijk wreekt zich hier dat de rol van de banken in het gehele onderzoek wat onderbelicht is gebleven. Het geeft de zaak een voor de tussenpersoon onverwacht gunstige draai: de onder verdachte in beslag genomen gelden, bijeengenomen een slordige 1,8 miljoen, worden aan hem teruggegeven. Zo kan de zelfbenoemde klokkenluider door de tralies heen de zon toch weer zien schijnen – tenzij Gerechtshof Den Haag te zijner tijd anders oordeelt.

Conclusie

Een corruptiezaak van binnenlandse bodem met enorme maatschappelijke impact wordt niet steeds recht gedaan. Hopelijk waagt de rechter zich in hoger beroep aan de kernvraag van deze kwestie: werden de talloze derivatencontracten door Marcel de V. vooral aangegaan, omdat hij daar direct zelf van profiteerde door tussenkomst van een disfunctionele tussenpersoon, maar die Vestia en de sociale woningbouwsector grof financieel dupeerde – of handelde hij, zoals hij zelf steeds aangaf, met het beste belang voor Vestia voor ogen? Bij positieve beantwoording van de vraag, is de thans opgelegde straf begrijpelijk, mogelijk zelfs aan de lage kant; bij een ontkennende beantwoording zijn de opgelegde straffen onbegrijpelijk hoog.

Of voor deze beoordeling door het OM het juiste label is gekozen, is de vraag: ambtelijke omkoping lijkt een passender kwalificatie.

Indien Arjan G. daadwerkelijk een disfunctionele tussenpersoon was, enkel onderdeel van de transactie om het mogelijk te maken smeergeld aan Vestia's *treasurer* te betalen, dient het OM zich te bezinnen op de inrichting van de tenlastelegging. Dat een adviseur met contractuele opdracht kan worden gezien als lasthebber, schept enige duidelijkheid ten aanzien van artikel 328ter Sr – zowel oud als nieuw. Enig beraad omtrent oplichting en annexe witwasconstructie verdient derhalve aanbeveling. Het voelt toch wat curieus de tussenpersoon, die disfunctioneel wordt tussengeschoven om courtagebetaling mogelijk te maken, zijn wel erg makkelijk verdiende geld te laten houden – zeker waar de schade voor het

collectief zo groot is. Soms komen complexe zaken in tweede aanleg beter tot hun recht; het stof is neergeslagen en het kaf van het koren gescheiden. Dat zou bij dit derivatendebacle ook best eens het geval kunnen zijn.